

VU Research Portal

IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging

van het Kaar, B.J.

2008

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van het Kaar, B. J. (2008). *IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging*. [, Vrije Universiteit Amsterdam].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Hoofdstuk 8 Samenvatting en conclusies

8.1 Inleiding

Deze studie heeft het IPR-bewijsrecht of het ‘Nederlands internationaal bewijsrecht’ tot onderwerp. In het IPR-bewijsrecht gaat het in principe om twee vragen. Ten eerste de vraag welk recht toepasselijk is op bewijskwesities die zich in een internationale civiele procedure bij de Nederlandse rechter voordoen. Hierbij kan het gaan om bewijsvermoedens of om bewijskwesities zoals de bewijslastverdeling en de toelating van bewijsmiddelen in een Nederlandse procedure. In een contractueel geschil bij de Nederlandse rechter kan bijv. de vraag rijzen of getuigenbewijs toelaatbaar is indien op de overeenkomst Frans recht toepasselijk is en dit recht voor het bewijs van rechtshandelingen getuigenbewijs uitsluit. Welk recht is op de bovengenoemde bewijskwesities toepasselijk? En aan de hand van welke conflictregel moet dit worden bepaald? Een tweede vraag die in het IPR-bewijsrecht van belang is, heeft betrekking op de (grensoverschrijdende) verkrijging van bewijs ten behoeve van een Nederlandse civiele procedure. In een Nederlandse procedure kan bijv. een partij een verzoek instellen tot het horen van een getuige die in Frankrijk woonachtig is. In dat geval bevindt het bewijs zich in een ander land dan waar de procedure wordt gevoerd. Hoe kan dit bewijs worden verkregen? Op het terrein van de internationale bewijsverkrijging bestaan enige internationale regelingen. Deze regelingen voorzien in een systeem van rechtshulp waarlangs rechterlijke verzoeken om bewijshulp kunnen worden doorgeleid. In deze studie zal de vraag aan bod komen welke regelingen op dit terrein gelden. Voorts zal besproken worden hoe de procedure tot verzending en uitvoering van rechtshulpverzoeken in deze regelingen verloopt en hoe de verschillende regelingen zich tot elkaar verhouden. Een andere vraag die tot de (grensoverschrijdende) bewijsgaring behoort, is de vraag of de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid toekomt om kennis te nemen van een voorlopige maatregel waarmee voorafgaand aan een in het buitenland aanhangig te maken bodemgeding bewijs kan worden vergaard. Een voorbeeld van een dergelijke maatregel is het voorlopig getuigenverhoor (art. 186-193 Rv). Het komt in de praktijk vaak voor dat een partij voorafgaand aan een in het buitenland aanhangig te maken bodemprocedure een getuige in Nederland wil horen. De vraag rijst dan naar de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Kan de Nederlandse rechter zich bevoegd verklaren om kennis te nemen van een dergelijk door een partij ingesteld verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor?

In deze studie worden beide vragen van IPR-bewijsrecht behandeld. Zo krijgt de eerste vraag naar het toepasselijke recht op bewijskwesities behandeling in hoofdstuk 2 t/m 4. In Nederland wordt de *ordinatoria-decisia litis-leer* als aanknopingsstandpunt gehanteerd. In deze aanknopingsleer wordt een onderscheid gemaakt tussen formeel en materieel bewijsrecht en elk van beide categorieën onderworpen aan een verschillend rechtsstelsel. De tweede vraag over de internationale bewijsverkrijging komt aan de orde in hoofdstuk 5, 6 en 7. Daarbij zal in hoofdstuk 5 worden ingegaan op de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van een voorlopige bewijsverrichting. Dit onderwerp is voornamelijk van

belang in het geval partijen voorafgaand aan een buitenlandse bodemprocedure in Nederland met gebruik van een voorlopige procedure (zoals het voorlopig getuigenverhoor) bewijs willen verkrijgen. Hoofdstukken 6 en 7 staan in het teken van de internationale regelingen die bestaan op het terrein van de (grensoverschrijdende) bewijsverkrijging. Deze regelingen zijn van belang indien de Nederlandse rechter besluit om een buitenlandse rechter via een rechtshulpverzoek te vragen om een bepaalde onderzoekshandeling, zoals het horen van een getuige, in zijn rechtsgebied te verrichten. Aan twee regelingen zal aandacht worden besteed. Dit zijn het Haags Bewijsverdrag en de Europese Bewijsverordening.

8.2 De verschillende aanknopingsstandpunten

Welk recht is van toepassing op bewijsrechtelijke kwesties, zoals bewijsvermoedens of de bewijslastverdeling? En aan de hand van welke conflictregels of aanknopingsstandpunten wordt het toepasselijke bewijsrecht bepaald? Deze twee vragen komen aan bod in hoofdstuk 2 tot en met hoofdstuk 4. In hoofdstuk 2 komen de verschillende aanknopingsvoorstellen ter bepaling van het toepasselijke recht aan bod. De literatuur maakt daarbij een onderscheid tussen ‘traditionele’ en ‘moderne’ aanknopingsstandpunten. De belangrijkste ‘traditionele’ theorieën betreffen de leer van het primaat van de *lex fori* (par. 2.2.1) en de *ordinatoria-decisoria litis*-leer (par. 2.2.3). In de leer van het primaat van de *lex fori* geldt in principe het forumrecht voor de verschillende bewijsvragen. De rechter past dus steeds zijn eigen bewijsrecht toe, ongeacht of de procedure een internationaal element heeft en ongeacht of een bewijskwestie nauw samenhangt met de materiële rechtsverhouding van partijen. Slechts in bepaalde gevallen (zoals bij de bewijslastverdeling) wordt binnen deze aanknopingsleer een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat de *lex fori* toepasselijk is op bewijskwesties, en wordt de toepassing van de *lex causae* verdedigd.

De *ordinatoria-decisoria litis*-leer, ook wel het onderscheid formeel/materieel bewijsrecht genoemd, gaat van een ander uitgangspunt uit. In deze leer wordt ter bepaling van het toepasselijke recht op bewijskwesties aangeknoopt aan de invloed die bewijskwesties hebben op de eindbeslissing van de rechter. Heeft een bewijskwestie geen invloed op de einduitkomst van het geschil, dan is er sprake van een formele bewijsvraag, waarop de *lex fori* toepasselijk is. Heeft een bewijskwestie wel daarop invloed, dan gaat het om een materieelrechtelijke bewijsvraag waarop de *lex causae* van toepassing is. Aldus ontstaat een onderscheid tussen vragen van formeel en vragen van materieel bewijsrecht. Bij het formele bewijsrecht gaat het dan om formele bewijskwesties, bijv. over de wijze waarop het bewijs in de procedure wordt gebracht en door de rechter wordt aangewend. Bij het materieel bewijsrecht gaat het om bewijskwesties die de subjectieve rechten van partijen begrenzen, zoals de bewijslast, de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, en de vermoedens.

De Nederlandse rechtspraktijk zoals dit uit de literatuur en rechtspraak is af te leiden, gaat in algemene zin uit van de *ordinatoria-decisoria litis*-leer (par. 2.2.4). Deze aanknopingswijze vindt men niet terug in andere IPR-stelsels, zoals die van Frankrijk en Duitsland (par. 2.2.2, 3.2.4). Deze stelsels gaan uit van de toepassing van de *lex fori* op bewijskwesties, en maken slechts in beperkte gevallen (bewijslast, bewijsvermoedens) hierop een uitzondering.

Tegen de ‘traditionele’ aanknopingsstandpunten hebben zich in de loop van de tijd nieuwe aanknopingsvoorstellen gevormd, in de Duitse literatuur ook wel met de noemer ‘Moderne School’ aangeduid (par. 2.3). Deze aanknopingsvoorstellen hebben een gemeenschappelijke achtergrond, in die zin dat zij de keuze van de aanknopingsfactor niet langer bepalen aan de hand van de aard van een bewijskwestie (processueel of materieelrechtelijk). De aanknopingsfactor wordt bepaald aan de hand van een onderzoek naar de inhoud en strekking van het materieel bewijsrecht en aan de hand van een afweging

van een aantal belangen. Door de aanknopingsfactor via een dergelijk onderzoek te kiezen, vormt de aanknopingsfactor als het ware de grootste gemene deler van alle bewijskwesities. De aanknopingsfactor zou volgens deze voorstellen bijzonder geschikt zijn om het toepasselijke recht te bepalen. Andere ‘moderne’ voorstellen zien af van de opstelling van een algemene regel. Zij bepalen het toepasselijke bewijsrecht per bewijsvraag en wel aan de hand van een afweging van belangen die aan het (IPR-)bewijsrecht ten grondslag liggen.

In par. 2.3 worden een aantal ‘moderne’ aanknopingsvoorstellen besproken. Achtereenvolgens zijn dit de leer van Batiffol (par. 2.3.2), de ‘Erie-doctrine’ (par. 2.3.3), de theorie van Coester-Waltjen (par. 2.3.4), en de voorstellen van Sluyters en Jessurun d’Oliveira (par. 2.3.5). In de theorie van Coester-Waltjen wordt de mate van invloed die bewijskwesities hebben op de procedurele waarheidsvinding en/of de processuele partijautonomie als aanknopingsfactor gebruikt, terwijl bij de aanknopingstheorie van d’Oliveira een centrale plaats toekomt aan het doel en de strekking van afzonderlijke bewijsvragen en de afweging van bij het (IPR-)bewijsrecht behorende belangen of waardeoordelen. Bij de bespreking van deze aanknopingstheorieën heb ik om uiteenlopende redenen aangegeven waarom deze theorieën naar mijn mening geen navolging verdienen.

8.3 Aanknopning van bewijskwesities en eigen opvatting

In het Nederlandse IPR wordt de *ordinatoria-decisoria litis*-leer gehuldigd. Naar mijn mening moet aan deze aanknopingsleer worden vastgehouden. Deze aanknopingsleer gaat uit van de invloed die bewijskwesities hebben op de eindbeslissing van de rechter. Naar mijn mening is dit een geschikt criterium om gebruikt te worden bij het bepalen van het op bewijskwesities toepasselijke recht. Kenmerkend aan het bewijsrecht is dat het een hybride karakter heeft. Er bestaan zowel formele als materiële kanten. Zo zijn er bewijskwesities met een duidelijk materieel karakter. Zij stellen een begrenzing aan de subjectieve rechten van partijen en concretiseren zo het materiële recht. Juist omdat deze bewijskwesities, zoals bewijsvermoedens en de bewijslastverdeling, invloed hebben op de rechtsverhouding van partijen en op de uitkomst van het geschil, moeten zij in het IPR onderworpen worden aan de *lex causae*. Daartegenover zijn er bewijsvragen die een meer formeel karakter dragen. Deze bewijskwesities zijn processueel van aard en hebben geen invloed op de beslissing van de rechter. Hierop kan zonder bezwaar de *lex fori* worden toegepast. De *ordinatoria-decisoria litis*-leer houdt rekening met het hybride karakter van het bewijsrecht. Het maakt een onderscheid tussen materieel en formeel bewijsrecht en onderwerpt beide categorieën aan een verschillend rechtstelsel. Voorts komt het onderscheid formeel/materieel bewijsrecht tegemoet aan het streven naar een zo groot mogelijke rechtszekerheid. Het is van belang dat de bewijsregels die invloed hebben op de rechterlijke beslissing en de materiële rechten van partijen, als onderdeel van de *lex causae* worden toegepast. De omstandigheid dat partijen dit recht van meet af aan kennen en hiermee rekening kunnen houden, vergemakkelijkt de mogelijkheid om in internationale gevallen hun materiële rechten te effectueren.

In hoofdstuk 3 wordt vervolgens onderzocht tot welke twee categorieën, formeel of materieel bewijsrecht, de verschillende bewijskwesities resp. bepalingen van Nederlands bewijsrecht (art. 149-207 Rv) behoren. Hierbij vormt de *ordinatoria-decisoria litis*-leer het uitgangspunt. Tot het materieel bewijsrecht behoren de volgende bewijskwesities: het bewijsthema, de bewijslastverdeling (art. 150 Rv), de bewijsvermoedens, de bewijstoelating (art. 152 lid 1 Rv) en bewijskracht van bewijsmiddelen en de bewijsovereenkomst (art. 153 Rv). Tot het formeel bewijsrecht behoren de volgende bewijskwesities: de bewijsomvang, de bewijswaardering (art. 152 lid 2 Rv), de openlegging van boeken, bescheiden en geschriften (art. 162 Rv), de

exhibitieplicht (art. 843a Rv), de algemene getuigplicht (art. 165 lid 1 Rv) en de voorlopige bewijsverrichtingen (art. 186 e.v. Rv, art. 202 e.v. Rv). Voorts vallen hieronder bewijskwesities die samenhangen met de formele wijze waarop het bewijs in de procedure moet worden geleverd en door de rechter wordt vastgelegd.

Bij een aantal bewijskwesities werkt de *ordinatoria-decisoria litis-leer* echter niet goed. Te denken valt aan het leerstuk van het schriftelijk bewijs (par. 3.3) en het onrechtmatig verkregen bewijs (par. 3.2.7). Bij het schriftelijk bewijs en meer in het bijzonder de bewijskracht van akten speelt het vertrouwen van partijen in het lokale recht van het land waar de akte is opgemaakt, een grote rol. Hier ligt het naar mijn mening meer voor de hand om in plaats van de *lex causae* de *lex loci actus* toe te passen. De authentieke akte neemt hierbij een bijzondere plaats in. Gelet op de rechtsgevolgen die aan een authentieke akte zijn verbonden (dwingende bewijskracht), is het naar mijn mening passend om bij het bepalen van de bewijskracht van een buitenlandse akte een voorzichtige benadering toe te passen. Een buitenlandse akte kan in het Nederlandse rechtsverkeer alleen bindende bewijskracht hebben, indien deze voldoet aan de eisen zoals die zijn neergelegd in art. 156 lid 2 Rv. Bij het onrechtmatig verkregen bewijs gaat het om een leerstuk *sui generis*, waarop de *ordinatoria-decisoria litis-leer* niet kan worden toegepast. De omstandigheid dat het onrechtmatig verkregen bewijs uiteenvalt in twee elementen (onrechtmatigheid van de verkrijging en bewijstoelating), leidt ertoe dat deze bewijskwesitie zich niet eenvoudig onder het onderscheid formeel/materieel bewijsrecht laat brengen. De onrechtmatigheid van de verkrijging zal naar mijn mening moeten worden bepaald door het recht dat van toepassing is op de onrechtmatige daad. Op de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs in een Nederlandse procedure toelaatbaar is, is een vraag van bewijstoelating. Op deze vraag is ingevolge de *ordinatoria-decisoria litis-leer* de *lex causae* toepasselijk.

8.4 Enkele bijzondere conflictregels van IPR-bewijsrecht

In hoofdstuk 4 wordt enige aandacht besteed aan ‘specifieke’ conflictregels op het terrein van het IPR-bewijsrecht. Deze conflictregels zijn ‘specifiek’, omdat zij in hun reikwijdte zijn beperkt tot de rechtsaanwijzing van enkele bewijskwesities. Drie conflictregels komen in dit hoofdstuk aan bod. Op het gebied van contractuele verbintenissen wordt ingegaan op het Europese Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO). Artikel 14 van dit verdrag geeft een bepaling voor bewijskwesities (par. 4.2). De tweede conflictregel die in dit hoofdstuk centraal staat, heeft betrekking op niet-contractuele verbintenissen, zoals verbintenissen uit onrechtmatige daad. Op dit terrein is de Verordening betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II) van 11 juli 2007 van belang. De verordening bevat in art. 22 een conflictregel over bewijskwesities. Deze conflictregel wordt in par. 4.3 besproken. Tot slot wordt in par. 4.4 art. 15 van het Voorontwerp Algemene Bepalingen onder de loep genomen. Deze laatste bepaling geldt in beginsel voor alle privaatrechtelijke rechtsfeiten en rechtsverhoudingen. Het belang van art. 15 Voorontwerp wordt door het EVO of de verordening Rome II beperkt, in die zin dat wanneer het om een rechtsverhouding gaat die valt binnen het materiële toepassingsgebied van het verdrag resp. de verordening, de regeling van het verdrag resp. van de verordening voorgaat.

De drie conflictregels hebben alle gemeen dat zij de bewijslastverdeling en de bewijsvermoedens aanknopen aan de *lex causae*. Deze conflictregels lopen daarmee in de pas met het Nederlandse IPR. Beide bewijskwesities behoren immers volgens de *ordinatoria-decisoria litis-leer* tot het materieel bewijsrecht waarop de *lex causae* toepasselijk is.

Art. 14 EVO resp. art. 17 Voorstel Rome I en art. 22 verordening Rome II bevatten voorts een regeling over de toelating van bewijsmiddelen. Volgens deze twee bepalingen is op de bewijstoelating in beginsel de *lex fori* toepasselijk. Beide bepalingen laten echter toe dat partijen gebruik kunnen maken van bewijsmiddelen uit andere rechtsstelsels. Voor de vraag welke rechtsstelsels dit zijn, verwijzen de bepalingen naar het vormstatuut. Dit vormstatuut bestaat, ingeval van art. 14 EVO, uit het recht dat de rechtshandeling zelf beheerst (*lex causae*) en het recht van het land waar de rechtshandeling is aangegaan (*lex loci actus*). Deze regel stuit mijns inziens op bezwaren. Een bezwaar is dat de koppeling met het vormstatuut een ‘opeenstapeling’ van toepasselijke rechtsstelsels tot gevolg heeft. Dit kan leiden tot ondoorzichtigheid en daarmee tot een vermindering van de rechtszekerheid. Voor partijen is immers niet goed in te zien welk recht uiteindelijk van toepassing is. Met het oog op dit bezwaar, zou naar mijn mening de koppeling aan het vormstatuut in deze bepalingen achterwege moeten blijven. Het belang van rechtszekerheid vergt dat op de bewijstoelating slechts één rechtsstelsel toepasselijk moet zijn. Dit zou naar mijn mening de *lex causae* moeten zijn (par. 4.2.4, par. 4.2.7).

8.5 De bevoegdheid van de Nederlandse rechter en (voorlopige) bewijsverkrijging

Als het bewijs zich in het buitenland bevindt en in Nederland een civiele procedure (binnenkort) aanhangig is, zijn er een aantal mogelijkheden om het bewijs in het buitenland te verkrijgen. Eén mogelijkheid betreft de verkrijging van het bewijs via een rogatoire commissie, het verzoek om bewijshulp van de Nederlandse rechter gericht tot de buitenlandse rechter. Deze wijze van bewijsverkrijging staat in hoofdstuk 6 en 7 centraal. Een andere mogelijkheid is om voorafgaand aan of tijdens de bodemprocedure met behulp van een voorlopige procedure bewijs te verkrijgen in het land waar het bewijs zich bevindt. Hoofdstuk 5 staat in het teken van deze vorm van bewijsverkrijging. Ingeval een partij voorafgaand aan een buitenlandse procedure in Nederland een getuige (voorlopig) wil horen, rijst de vraag of de Nederlandse rechter internationaal bevoegd is om van een verzoek tot het houden van een voorlopige bewijsverrichting (zoals een voorlopig getuigenverhoor) kennis te nemen.

Voor de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter zijn twee regelingen met name van belang: de EEX-Verordening (EEX-Vo) en de commune rechtsmachtregeling, zoals neergelegd in art. 1-14 Rv. Bij de bespreking van de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter is de bevoegdheidsregeling van de EEX-Vo als uitgangspunt genomen. Komt de Nederlandse rechter op basis van de EEX-Vo bevoegdheid toe om voorafgaand aan de bodemprocedure een voorlopig getuigenverhoor te houden? De EEX-Vo bevat een bevoegdheidsregel die voor voorlopige bewijsverrichtingen van belang is. Zo kan de Nederlandse rechter ingevolge art. 31 EEX-Vo de in zijn wetgeving voorziene voorlopige of bewarende maatregelen treffen, waarbij het niet uitmaakt of hij op basis van de EEX-Vo rechtsmacht heeft om van het bodemgeschil kennis te nemen. Om als ‘voorlopige of bewarende maatregel’ in de zin van art. 31 EEX-Vo gekwalificeerd te worden, moet de voorlopige maatregel een duidelijk bewarende strekking hebben (par. 5.3.2).¹ Voorts moet art. 31 EEX-Vo worden gezien als een ‘restbepaling’ voor het nemen van voorlopige maatregelen.² De rechter die op basis van art. 2 en 5-23 EEX-Vo bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen, is ook bevoegd tot het nemen van voorlopige maatregelen, zonder dat deze bevoegdheid afhankelijk is gesteld van het vervuld zijn van nadere

¹ HvJ EG 26 maart 1992, zaak C-261/90, *Jur.* 1992, p. I-2149, *NJ* 1996, 315, *NILR* 1993, 499, m.nt. P. Vlas, *Reichert II*.

² HvJ EG 27 april 1999, zaak C-99/96, *Jur.* 1999, p. I-2277, *NJ* 2001, 90 m.nt. PV, *Mietz*; HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95, *Jur.* 1998, p. I-7091, *NJ* 1999, 339 m.nt. PV, *Van Uden/Deco-Line*.

voorwaarden.³ Alleen in de ‘restsituatie’ waarin er geen rechtsmacht bestaat op basis van art. 2 en 5-23 EEX-Vo kan de rechter bevoegdheid ontleen aan art. 31 EEX-Vo in combinatie met de regels van relatieve competentie.

Een interessante vraag die bij de toepassing van art. 31 EEX-Vo rijst, is of een Nederlandse voorlopige bewijsverrichting onder het begrip voorlopige of bewarende maatregelen valt. Het Hof van Justitie heeft zich in een prejudiciële beslissing van 28 april 2005 (C-104/03, *St. Paul Dairy/Unibel*) wat betreft het voorlopig getuigenverhoor hierover uitgelaten (par. 5.4).⁴ Dit arrest is gewezen onder de werking van art. 24 EEX-Verdrag, maar behoudt zijn betekenis onder art. 31 EEX-Vo. Het Hof heeft in dit arrest beslist dat een voorlopig getuigenverhoor niet onder art. 24 EEX-Verdrag valt, indien de procedure uitsluitend tot doel heeft om de aanvrager daarvan in staat te stellen om de opportuniteit van zijn vordering te beoordelen. Volgens het Hof voldoet een dergelijke maatregel niet aan de doelstelling die aan art. 24 EEX-Verdrag ten grondslag ligt, namelijk het handhaven van een feitelijke of juridische situatie in afwachting van een uitspraak in de bodemprocedure. Van een voorlopige of bewarende maatregel in de betekenis van art. 24 EEX-Verdrag resp. art. 31 EEX-Vo kan in dat geval geen sprake zijn, met als gevolg dat de Nederlandse rechter deze bepaling niet als bevoegdheidsbasis kan gebruiken. Deze conclusie gaat naar mijn mening ook op voor de overige voorlopige bewijsverrichtingen, zoals het voorlopig deskundigenonderzoek en de voorlopige plaatsopneming (art. 202-207 Rv), voor zover deze voorlopige voorzieningen primair tot doel hebben om de risico’s en proceskansen van de verzoeker af te dekken.

Dit arrest laat een belangrijke vraag open. Wat bijv. te doen als een voorlopig getuigenverhoor wel een conservatoir oogmerk heeft en uitsluitend tot doel heeft om bewijs veilig te stellen dat anders verloren dreigt te gaan? Is er in dat geval wel sprake van een voorlopige maatregel in de zin van art. 31 EEX-Vo? Het arrest laat deze situatie open. In de literatuur bestaan hierover verschillende opvattingen. Naar mijn mening moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Zelfs indien het voorlopig getuigenverhoor (of het voorlopig deskundigenonderzoek en de voorlopige plaatsopneming) in het concrete geval een bewarende strekking heeft, kan niet worden gezegd dat het getuigenverhoor ook voorlopig is. Het gemis aan voorlopigheid leidt naar mijn mening tot een diskwalificatie van deze procedure als ‘voorlopige of bewarende maatregel’ in de zin van art. 31 EEX-Vo (par. 5.5).

Het voorgaande laat echter onverlet dat de Nederlandse rechter wel van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor kan kennisnemen, indien hij op basis van art. 2 en 5-23 EEX-Vo bevoegd is. In het laatste geval ontleent de Nederlandse rechter aan zijn bevoegdheid om van het bodemgeding kennis te nemen, de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te treffen. Bij de uitoefening van de bevoegdheid op basis van art. 2 en 5-23 EEX-Vo is de rechter niet gebonden aan enige voorwaarde. Dit brengt naar mijn mening mee dat de rechter die op basis van art. 2 en 5-23 EEX-Vo bevoegd is, bij zijn bevoegdheidsoordeel geen rekening behoeft te houden met de voorwaarden zoals die zijn neergelegd in de *St. Paul Dairy/Unibel*-uitspraak (par. 5.5).

Naar aanleiding van het *St. Paul Dairy*-arrest rijst nog een interessante vraag. Het gebruik van een voorlopige bewijsverrichting ten behoeve van een procedure in het buitenland is een vorm van (grensoverschrijdende) bewijsverkrijging. Op het terrein van de (internationale) bewijsverkrijging gelden andere regelingen, zoals de Europese Bewijsverordening. Wanneer moet men dan de Europese Bewijsverordening toepassen en in welk geval is sprake van samenloop tussen de EEX-Vo en deze regeling? Naar mijn mening is

³ In het *Mietz*-arrest (HvJ EG 27 april 1999, zaak C-99/96, *Jur.* 1999, p. I-2277, *NJ* 2001, 90 m.nt. PV, *Mietz*) is door het Hof van Justitie geoordeeld dat art. 18 EEX-Verdrag (vgl. art. 24 EEX-Vo, stilzwijgende forumkeuze) als bevoegdheidsbasis niet voldoende is om zonder nadere voorwaarden voorlopige maatregelen te nemen.

⁴ HvJ EG 28 april 2005, zaak 104/03, *Jur.* 2005, p. I-3481, *NJ* 2006, 636 m.nt. P. Vlas, *St. Paul Dairy/Unibel*.

van samenloop sprake indien een bodemprocedure reeds aanhangig is, en het bewijs zich bevindt in een andere lidstaat. Een voorbeeld is het geval waarin in België een bodemprocedure aanhangig is en in Nederland een getuige woonachtig is. In deze situatie is de weg van de Bewijsverordening naar mijn mening exclusief toepasselijk. Dit betekent dat het bewijs in een andere lidstaat (in casu) Nederland alleen kan worden vergaard via een rogatoire commissie (zoals mogelijk onder de Bewijsverordening) en met inschakeling van de Belgische (bodem)rechter. Partijen kunnen dan niet meer via de weg van art. 31 EEX-Vo bij de Nederlandse rechter om een voorlopig getuigenverhoor verzoeken en via deze weg het bewijs verkrijgen buiten de Belgische rechter om. De Nederlandse rechter zou in een dergelijk geval het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor moeten afwijzen (par. 5.5).

8.6 Het Haags Bewijsverdrag en de Europese Bewijsverordening

Hoofdstuk 6 en 7 hebben betrekking op de verkrijging van het bewijs via een rogatoire commissie, ofwel het verzoek om bewijshulp van de Nederlandse rechter gericht tot de buitenlandse rechter. Welke regelingen gelden er op dit terrein?

Op het terrein van de grensoverschrijdende bewijsverkrijging bestaan een aantal internationale regelingen die voor Nederland relevant zijn en die voorzien in een systeem van rechtshulp waarlangs verzoeken om bewijshulp kunnen worden doorgeleid. Twee regelingen zijn voor Nederland met name van belang en komen aan bod: het Haags Bewijsverdrag en de Europese Bewijsverordening. Het Haags Bewijsverdrag (hierna ook: Bewijsverdrag) is op 18 maart 1970 totstandgekomen. Het Verdrag vormt een herziening van de Haagse Rechtsvorderingsverdragen van 1905 en 1954, die ook een hoofdstuk over de bewijsverkrijging bevatten. Het Bewijsverdrag heeft twee doelen: enerzijds het versnellen en vereenvoudigen van de uitvoering van rogatoire commissies in vergelijking tot eerdere rechtshulpregelingen, en anderzijds het uitbreiden van de methoden tot opnemings van bewijs in het buitenland. Het Haags Bewijsverdrag is een ‘mondiaal’ verdrag waarbij drieënveertig verdragsstaten partij zijn. Voor Nederland is dit verdrag in werking getreden op 7 juni 1981 (par. 6.1). De Europese Bewijsverordening (hierna ook: BewVo) is op 1 januari 2004 in werking getreden. In de verhoudingen tussen de lidstaten vervangt de Bewijsverordening de regeling van het Haags Bewijsverdrag. De verordening sluit nauw aan bij de opzet en inhoud van het verdrag. Een belangrijk verschil met het Haags Bewijsverdrag is dat onder de Bewijsverordening het Hof van Justitie bevoegd is om uitspraak te doen over de interpretatie van de verordening (par. 7.1).

Zowel het Haags Bewijsverdrag als de Europese Bewijsverordening zijn ingevolge art. 1 van beide regelingen toepasselijk in burgerlijke en handelszaken, zoals faillissementszaken, arbeidszaken en verzekeringszaken. Dit geldt ook voor zaken van personen- en familierecht. Verdragsstaten zijn echter vrij om in hun onderlinge verhouding het Bewijsverdrag toe te passen op onderwerpen die strikt genomen buiten het materiële toepassingsgebied van het Verdrag vallen (zoals fiscale zaken). Voor de Bewijsverordening geeft de *Practice Guide* aan dat het begrip ‘burgerlijke of handelszaken’ autonoom moet worden uitgelegd, en dat de verordening onder meer toepasselijk is in zaken van personen- en familierecht, faillissementszaken, en arbeidsgeschillen. Om het Bewijsverdrag resp. de Bewijsverordening toepasselijk te laten zijn, moet het verzoek voorts afkomstig zijn van een ‘rechterlijke autoriteit’ in het kader van een ‘gerechtelijke procedure’ en betrekking hebben op een ‘onderzoekshandeling’ (par. 6.2 resp. 7.2). Het Bewijsverdrag is verder toepasselijk indien het verzoek om rechtshulp het verrichten van een ‘andere gerechtelijke handeling’ betreft.

Hoe verloopt de procedure tot verzending en uitvoering van verzoeken tot het verrichten van onderzoekshandelingen ingevolge het Bewijsverdrag resp. de Bewijsverordening? In het Bewijsverdrag is de procedure tot verzending neergelegd in art. 2. Ingevolge deze bepaling geschiedt de overmaking van het verzoek met behulp van een centrale autoriteit in de aangezochte verdragsstaat. De Nederlandse rechter moet het verzoek dus toezenden aan de centrale autoriteit die door elke verdragsstaat als zodanig wordt aangewezen. In Nederland is dit de Rechtbank te 's-Gravenhage. De centrale autoriteit is belast met de toetsing van het verzoek aan de formele vereisten van het Bewijsverdrag, en met de doorzending van het verzoek naar de rechterlijke autoriteit die met de uitvoering is belast (in Nederland de rechtbank). Na uitvoering zendt de centrale autoriteit de stukken van uitvoering terug naar de rechter van wie het verzoek uitgaat. Voor de Bewijsverordening bepaalt art. 2 BewVo dat een bewijsverzoek rechtstreeks door het verzoekende gerecht aan het bevoegde gerecht in een andere lidstaat kan worden toegezonden. Dit aangezochte gerecht moet vervolgens voor de uitvoering van het verzoek zorgdragen. Daarmee verschilt de constructie van de verordening met die van het verdrag (par. 6.3 resp. 7.3).

De rogatoire commissie moet voldoen aan de vereisten zoals die zijn neergelegd in het Haags Bewijsverdrag resp. in de Bewijsverordening. Een belangrijk vereiste is dat de rogatoire commissie in de juiste taal is opgesteld. Het verdrag laat daarbij de keuze tussen de taal van de aangezochte verdragsstaat, de Franse taal en de Engelse taal (mits de aangezochte verdragsstaat geen voorbehoud heeft gemaakt) en in elke andere taal die een verdragsstaat heeft aangegeven te aanvaarden (art. 4 Bewijsverdrag). De verordening volstaat met de keuze tussen de taal van de aangezochte lidstaat of in een andere door de (aangezochte) lidstaat aanvaarde taal (art. 5 BewVo) (par. 6.5 resp. 7.4).

Over de wijze van verzending, geldt dat onder de verordening gebruik kan worden gemaakt van standaardformulieren. Deze standaardformulieren zijn bestemd voor de verzending van een bewijsverzoek als voor de communicatie tussen de gerechten ingevolge de verordening. Voorts kan de verzending van het verzoek langs elke passende weg plaatsvinden, zoals fax en e-mail, mits de wijze van verzending geen invloed heeft op de inhoud van het stuk en de informatie daarin goed leesbaar blijft (art. 6 BewVo) (par. 7.4).

In beide regelingen geldt dat de uitvoering moet plaatsvinden in overeenstemming met het recht van de aangezochte staat. Het verzoekende gerecht kan echter om de toepassing van een bijzondere vorm verzoeken. Voorts kunnen partijen en/of vertegenwoordigers van het verzoekende gerecht onder voorwaarden aanwezig zijn bij de uitvoering van het bewijsverzoek en daaraan deelnemen. De verordening stelt een termijn aan de uitvoering van het verzoek door het aangezochte gerecht. Ingevolge art. 10 BewVo moet het verzoek binnen 90 dagen na ontvangst van het verzoek worden uitgevoerd. Er geldt slechts een beperkt aantal gronden waarop de uitvoering van het verzoek kan worden geweigerd, bijv. indien de getuige zich beroept op een verschoningsrecht (par. 6.7 resp. 7.5).

Beide regelingen bevatten een voorziening voor de rechtstreekse bewijsverkrijging buiten de buitenlandse rechter om, bijv. door Nederlandse rechterlijke ambtenaren (par. 6.8 resp. 7.7). Aan deze vorm van bewijsverkrijging zijn bepaalde voordelen verbonden. Zo is de rechtstreekse bewijsverkrijging efficiënt (er hoeft immers geen buitenlandse rechter te worden ingeschakeld) en kan de Nederlandse rechterlijke ambtenaar bij het vergaren van bewijs in het buitenland zijn eigen recht toepassen. Om gebruik te maken van deze mogelijkheid moet het nationale recht van de verzoekende verdragsstaat echter voorzien in een bevoegdheidsregeling. De Uitvoeringswet bij de Bewijsverordening voorziet wel in een grondslag (art. 12 lid 2 Uitvoeringswet bij de Bewijsverordening), de Uitvoeringswet bij het Bewijsverdrag niet (althans niet als het gaat om de benoeming van 'commissarissen' in de zin van art. 17 Bewijsverdrag). Gelet op de voordelen van deze directe vorm van bewijsverkrijging lijkt het mijns inziens nuttig als de Nederlandse wetgever in de

Uitvoeringswet bij het Bewijsverdrag alsnog hieromtrent in een regeling voorziet. Art. 12 lid 2 Uitvoeringswet bij de Bewijsverordening kan daarbij als voorbeeld dienen (par. 6.8.2).

Betekent de Bewijsverordening een verbetering ten opzichte van het Haags Bewijsverdrag? De Bewijsverordening bevat een aantal verbeteringen ten opzichte van het Bewijsverdrag. Zo verloopt de verzending van verzoeken niet langer via een centrale autoriteit maar rechtstreeks tussen gerechten en schrijft de verordening bij de verzending en uitvoering van verzoeken het gebruik van standaardformulieren en nieuwe communicatietechnieken voor (art. 10 lid 4 BewVo). Daarnaast garandeert de verordening een snelle(re) uitvoering van verzoeken door het stellen van verschillende termijnen waarbinnen de uitvoering van het verzoek moet plaatsvinden (zie bijv. art. 10 lid 1, art. 15 BewVo). Tenslotte gaat van de verordening een harmoniserend effect uit. De Bewijsverordening verplicht de lidstaten bijv. om de rechtstreekse bewijsverkrijging door een rechter uit een andere lidstaat toe te staan. Het staat de lidstaten niet meer vrij, zoals onder het Haags Bewijsverdrag nog mogelijk is, om eenzijdig een verklaring af te leggen die de werking van art. 17 BewVo op hun grondgebied uitsluit (par. 6.12 resp. 7.10).

Op bepaalde punten bevat het Haags Bewijsverdrag echter 'flexibelere' bepalingen dan de verordening. Zo laat het Bewijsverdrag toe dat de Franse en de Engelse taal kunnen worden gebruikt bij het opstellen van rogatoire commissies. De verdragsstaten zijn verplicht dergelijke verzoeken te accepteren, tenzij er een voorbehoud is gemaakt (art. 4 lid 2 Bewijsverdrag). Een dergelijke 'liberale' taalregeling kent de verordening niet. Ook op het punt van verschoningsrechten lopen het Bewijsverdrag en de Bewijsverordening uiteen. Zo bestaat onder het Bewijsverdrag de mogelijkheid om een verschoningsrecht uit een derde land te erkennen (art. 11 lid 2 Bewijsverdrag). Onder de Bewijsverordening bestaat deze mogelijkheid niet (par. 7.10)

Hoe verhouden het Bewijsverdrag resp. de Bewijsverordening zich met eventuele bilaterale regelingen die Nederland met een aantal staten heeft gesloten? Zowel het Bewijsverdrag als de Bewijsverordening laten bilaterale regelingen tussen twee verdrags-resp. lidstaten onverlet (art. 31 Bewijsverdrag, art. 21 lid 2 BewVo). Onder het Haags Bewijsverdrag is vooral relevant het Verdrag tussen Nederland en Groot-Brittannië houdende bepalingen tot het vergemakkelijken van het voeren van rechtsgedingen in burgerlijke of handelszaken van 31 mei 1932, en de notawisseling tussen Nederland en Zwitserland van 23 oktober 1956 betreffende rogatoire commissies. Deze regelingen behouden hun waarde onder het Haags Bewijsverdrag, met de aantekening dat het Verdrag van 1932 voor Nederland alleen relevant is in het rechtsverkeer met de overzeese gebiedsdelen van Groot-Brittannië waarop het verdrag (mede) van toepassing is verklaard (par. 6.11). Onder de Bewijsverordening zijn de bilaterale verdragen tussen Nederland en de overige lidstaten niet (meer) relevant. In het onderlinge rechtsverkeer wordt uitsluitend de verordening toegepast (par. 7.9).

8.7 Afsluiting

Uit het onderzoek rijst het beeld dat het IPR-bewijsrecht een rechtsgebied is dat nog grotendeels in ontwikkeling is. De ontwikkeling is terug te zien in de verschillende aanknopingsvoorstellen die in de doctrine worden gepresenteerd. Zo bestaat in de literatuur de tendens om de waarde van de gevestigde 'traditionele' aanknopingsstandpunten in twijfel te trekken. In de 'traditionele' aanknopingspunten wordt het bewijs voor aanknopingsdoeleinden grotendeels onderworpen aan de *lex fori* (de leer van het primaat van de *lex fori*) of zoals in de *ordinatoria-decisoria litis-leer*, opgedeeld in een formeelrechtelijk en een materieelrechtelijk deel, waarbij elk van beide categorieën bewijskwesies aan een

verschillend rechtsstelsel wordt onderworpen. Beide standpunten vormen in de verschillende IPR-stelsels in Europa nog steeds uitgangspunt bij de aanknoping van bewijskwesities. Tegen de achtergrond van deze ‘traditionele’ standpunten heeft zich in de literatuur een nieuwe stroming ontwikkeld. De aanknopingsvoorstellen die onder deze noemer vallen, keren zich tegen algemene regels die een star onderscheid maken tussen formeel en materieel bewijsrecht en die volgens deze stroming een bron vormen voor kwalificatieproblemen. Zij stellen een belangenafweging voor waarmee het toepasselijke recht per bewijsvraag kan worden gevonden. Andere voorstellen maken gebruik van aanknopingsfactoren die inhoudelijk meer aansluiten bij de inhoud en strekking van het materiële bewijsrecht. In dit onderzoek is echter gebleken dat ook bepaalde ‘moderne’ aanknopingsvoorstellen niet kunnen overtuigen. Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat de ontwikkelingen in de literatuur zullen leiden tot een fundamentele verandering in de wijze waarop in het Nederlandse IPR bewijskwesities zullen worden aangeknoopt. Dit komt naar mijn mening mede omdat de ‘moderne’ aanknopingsvoorstellen niet in een beter alternatief kunnen voorzien dan de gangbare *ordinatoria-decisoria litis-leer*. Het is immers noodzakelijk dat conflictenrechtelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen formeelrechtelijke en materieelrechtelijke bewijskwesities en dat op de laatste categorie de *lex causae* wordt toegepast. De omstandigheid dat op de materieelrechtelijke bewijskwesities hetzelfde recht toepasselijk is als de rechtshandeling die moet worden bewezen, vergemakkelijkt de mogelijkheid van partijen om in internationale gevallen hun materiële rechten te effectueren. De *ordinatoria-decisoria litis-leer* voorziet in dit onderscheid en bevat een voor de rechtspraktijk goed hanteerbare regeling.

Naast ontwikkelingen in de doctrine kan ook worden gewezen op ontwikkelingen op wetgevend vlak. Zo is in 2002 door de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht een Voorontwerp Wet Algemene Bepalingen gepubliceerd met daarin een verwijzingsregel voor bewijskwesities. Dit Voorontwerp zal mede de basis vormen voor een toekomstig wetsvoorstel voor een consolidatiewet die de afzonderlijke IPR-wetten zal opnemen en die plaats zal verkrijgen in Boek 10 BW. Deze verwijzingsregel is specifiek en beperkt zich tot twee bewijskwesities, namelijk de wettelijke bewijsvermoedens en de bewijslast. Beide bewijskwesities worden aangeknoopt aan de *lex causae*. De beperkte opzet van de conflictregel voorziet in rechtszekerheid maar waarborgt ook dat de bepaling voor de rechtsontwikkeling voldoende soepelheid behoudt. Deze conflictregel zet daarmee een eerste stap in de richting van een algehele codificatie van het IPR-bewijsrecht en biedt naar mijn mening een goede basis om uiteindelijk te komen tot een algemene conflictregel voor bewijskwesities. Bij de formulering van een (toekomstige) algemene conflictregel moet naar mijn mening de *ordinatoria-decisoria litis-leer* als uitgangspunt worden genomen.

Tot slot zijn er ontwikkelingen op het terrein van de grensoverschrijdende bewijsverkrijging te bespeuren. Hier zijn de ontwikkelingen gericht op de vereenvoudiging, versnelling en de vergemakkelijking van de verschillende manieren waarlangs bewijs in het buitenland kan worden verkregen. Gewezen kan worden op de Europese Bewijsverordening die op 1 januari 2004 in werking is getreden. Deze regeling bevat verschillende verbeteringen ten opzichte van de andere belangrijke regeling op dit gebied, het Haags Bewijsverdrag. Ook gaat van de verschillende regelingen een harmoniserend effect uit op het bewijsrecht van de verschillende lidstaten. Om de goede werking van de regelingen op dit gebied te vergroten, zal bij een verdere vereenvoudiging van de formele regels inzake de grensoverschrijdende bewijsverkrijging naar mijn mening in toenemende mate de aandacht moeten uitgaan naar de harmonisatie van het nationale (bewijs)recht. Gedacht kan worden om bij een toekomstige aanpassing van de Europese Bewijsverordening de regeling over de verschoningsrechten aan te passen, in die zin dat daarin een voorziening wordt opgenomen over de erkenning van een verschoningsrecht afkomstig uit de wetgeving van een derde lidstaat (dus niet zijnde de

verzoekende of aangezochte lidstaat).⁵ De invoering van een dergelijke voorziening verzekert de uniforme toepassing van de Bewijsverordening in de verschillende lidstaten en waarborgt in het intracommunautaire rechtsverkeer het recht van de getuige op een adequate bescherming.

Uit het onderzoek blijkt dat het IPR-bewijsrecht niet alleen nog in ontwikkeling is, maar ook als een complex terrein wordt gezien. Dit beeld rijst onder meer uit de bestudering van de (lagere) rechtspraak. Bij lezing van de rechtspraak krijgt men de indruk dat er op terloops met de problematiek van het IPR-bewijsrecht wordt omgegaan. Zo komt het regelmatig voor dat er geen aandacht wordt besteed aan de vraag naar het toepasselijke recht op bewijskwesties, terwijl daartoe wel aanleiding is. In andere gevallen wordt de vraag naar het toepasselijke recht met behulp van de antikies-regel omzeild. De reden dat het IPR-bewijsrecht als complex wordt gezien, is naar mijn mening gelegen in de omstandigheid dat er conflictenrechtelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen formeelrechtelijke en materieelrechtelijke bewijskwesties en dat de grenslijn tussen beide categorieën bewijskwesties niet altijd goed zichtbaar is. Dit komt tot uitdrukking in de kwalificatieproblemen die optreden bij een aantal bewijskwesties, zoals het verschoningsrecht, de gerechtelijke erkenning en de bekwaamheid om te getuigen. Deze onzekerheid wordt vergroot, doordat de literatuur en de rechtspraak tot verschillende uitkomsten leiden. Uit het onderzoek blijkt dat het met de (beweerde) complexiteit van het IPR-bewijsrecht wel meevalt. Ook de grensgevallen waarbij de literatuur en de rechtspraak tot uiteenlopende uitkomsten komen, zijn op basis van de *ordinatoria-decisia litis*-leer eenduidig te kwalificeren.

⁵ Zie par. 7.10.